

VU Research Portal

Case note: ABRvS (Wijziging Afdelingsstandpunt over ex nunc-beoordeling in beroep)

Helmink, H.E.

2013

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Helmink, H. E., (2013). *Case note: ABRvS (Wijziging Afdelingsstandpunt over ex nunc-beoordeling in beroep)*, No. 312, Jun 21, 2013. (Administratiefrechtelijke beslissingen; Vol. 2013).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

AB 2013/312

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

21 juni 2013, nr. 201200687/1/V2.

(Mrs. M.G.J. Parkins-de Vin, H. Troostwijk, N. Verhei)

m.nt. H.E. Helmink*

Art. 83 Vreemdelingenwet 2000; art. 8:69 Awb

ECLI:NL:RVS:2013:36

Nieuwe gegevens in beroep, die zien op in de besluitvormingsfase aangevoerde asielmotieven, worden niet meer op verwijtbaarheid getoetst en moeten leiden tot een herbeoordeling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas.

In de grieven klaagt de staatssecretaris dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat hij voormeld besluit ondeugdelijk heeft gemotiveerd, nu hij de door de vreemdeling overgelegde originele identiteits- en nationaliteitsdocumenten ten onrechte niet bij de beoordeling van de aanvraag heeft betrokken en ten onrechte heeft beoordeeld of van het asielrelaas positieve overtuigingskracht uitgaat. De Afde-

ling oordeelt dat de wetgever met de aanpassing van artikel 83 VW 2000 heeft beoogd mogelijk te maken dat een rechtbank rekening houdt met alle feiten en omstandigheden die relevant kunnen zijn voor de beoordeling van de afwijzing van een asielaanvraag, ongeacht of een vreemdeling deze in de bestuurlijke fase of in beroep aanvoert. Dit artikel vormt derhalve een nuancering van artikel 31, eerste lid VW 2000, artikel 3.111, eerste lid, VB 2000 en artikel 3.45 van het VV 2000, die een vreemdeling ertoe verplichten vorenbedoelde feiten en omstandigheden in de bestuurlijke fase aan te voeren. Nu de door de vreemdeling in beroep overgelegde documenten relevant kunnen zijn in vorenbedoelde zin, heeft de staatssecretaris deze, hoewel zij dateren van vóór het besluit, bij het in te nemen standpunt in de zin van artikel 83, vijfde lid VW 2000, moeten betrekken. De rechtbank heeft dit dan ook terecht overwogen. Het primaire onderdeel van de grieven faalt. Daarentegen heeft de rechtbank, volgens de Afdeling, niet onderkend dat de staatssecretaris met zijn reactie van 7 november 2011 een inhoudelijk standpunt in de zin van artikel 83, vijfde lid VW 2000 heeft ingenomen en aldus de alsnog overgelegde documenten heeft betrokken bij de beoordeling van het asielrelaas. In het verlengde hiervan heeft de rechtbank niet onderkend dat, hoewel de staatssecretaris, gelet op het in het besluit van 12 juli 2011 ingenomen standpunt, de vreemdeling niet langer artikel 31, tweede lid, aanhef en onder f VW 2000 mag tegenwerpen en derhalve niet mag eisen dat van het asielrelaas positieve overtuigingskracht uitgaat, de staatssecretaris zich, gelet op de motivering in het besluit en de reactie, in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het asielrelaas van de vreemdeling ongeloofwaardig is. Het subsidiaire onderdeel van de grieven slaagt. Het hoger beroep is kennelijk gegrond. De aangevallen uitspraak moet worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal het door de vreemdeling tegen het besluit van 12 juli 2011 ingestelde beroep alsnog ongegrond worden verklaard.

Uitspraak met toepassing van artikel 8:54, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) op het hoger beroep van de Minister voor Immigratie en Asiel, appellant, tegen de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage, nevensittingsplaats Maastricht, van 21 december 2011 in zaak nr. 11/25366 in het geding tussen: de vreemdeling, en de minister.

Procesverloop

Bij besluit van 12 juli 2011 heeft de minister een aanvraag van de vreemdeling om hem een ver-

* H.E. Helmink, promovendus sectie Migratierecht, Vrije Universiteit Amsterdam.

blijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd te verlenen, afgewezen. Dit besluit is aangehecht.

Bij uitspraak van 21 december 2011 heeft de rechtbank het daartegen door de vreemdeling ingestelde beroep gegrond verklaard, dit besluit vernietigd en bepaald dat de minister een nieuw besluit op de aanvraag neemt met inachtneming van hetgeen in de uitspraak is overwogen. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; red.).

Tegen deze uitspraak heeft de minister, thans: de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, hoger beroep ingesteld. Het hogerberoepsschrift is aangehecht.

De vreemdeling heeft een verweerschrift ingediend.

Vervolgens is het onderzoek gesloten.

Overwegingen

1. Onder de staatssecretaris wordt tevens verstaan: diens rechtsvoorgangers.

2. In de grieven klaagt de staatssecretaris dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat hij voormeld besluit ondeugdelijk heeft gemotiveerd, nu hij de door de vreemdeling overgelegde originele identiteits- en nationaliteitsdocumenten ten onrechte niet bij de beoordeling van de aanvraag heeft betrokken en ten onrechte heeft beoordeeld of van het asielrelaas positieve overtuigingskracht uitgaat. Hij betoogt primair dat de rechtbank niet heeft onderkend dat uit artikel 31, eerste lid, van de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: de Vw 2000), gelezen in samenhang met artikel 3.111 van het Vreemdelingenbesluit 2000 (hierna: het Vb 2000), volgt dat een vreemdeling in beginsel bij zijn aanvraag documenten omtrent zijn identiteit en nationaliteit moet overleggen en dat artikel 83 van de Vw 2000 de desbetreffende vreemdeling niet van die verplichting ontslaat. Hij verwijst daarvoor onder meer naar de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 83 van de Vw 2000 (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 994, nr. 3). Volgens de staatssecretaris heeft de vreemdeling niet aannemelijk gemaakt dat het voor hem onmogelijk was de in beroep overgelegde originele militaire vrijstelling met afgiftedatum 8 april 2006 en originele identiteitskaart, geldig tot 17 december 2010, alsmede het verlopen paspoort met afgiftedatum 3 juli 2004, uiterlijk in de bestuurlijke fase over te leggen. Subsidiair betoogt de staatssecretaris dat de rechtbank niet heeft onderkend dat hij deze documenten wel degelijk bij de beoordeling heeft betrokken. In zijn schriftelijke reactie van 7 november 2011 heeft hij immers naar voren gebracht dat en waarom de overgelegde documenten niet afdoen aan de beoordeling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas, zodat de

rechtbank het beroep ten onrechte niet ongegrond heeft verklaard.

2.1. Ingevolge artikel 31, eerste lid, van de Vw 2000 wijst de staatssecretaris een aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd af, indien een vreemdeling niet aannemelijk heeft gemaakt dat zijn aanvraag is gegrond op omstandigheden die, hetzij op zichzelf, hetzij in verband met andere feiten, een rechtsgrond voor verlening vormen.

Ingevolge artikel 83, eerste lid, aanhef en onder a, zoals dit vanaf 1 juli 2010 luidt, houdt de rechtbank bij de beoordeling van het beroep rekening met feiten en omstandigheden die na het bestreden besluit zijn aangevoerd.

Ingevolge het tweede lid houdt de rechtbank met de in het eerste lid bedoelde gegevens rekening indien deze relevant kunnen zijn voor de beschikking omtrent de verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd.

Ingevolge het vijfde lid laat de staatssecretaris de wederpartij en de rechtbank zo spoedig mogelijk schriftelijk weten of de gegevens, bedoeld in het eerste lid, aanleiding zijn voor handhaving, wijziging of intrekking van het bestreden besluit. De rechtbank kan daarvoor een termijn stellen.

Ingevolge artikel 3.111, eerste lid, van het Vb 2000 verstrekt een vreemdeling bij de aanvraag tot het verlenen van een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd in persoon alle gegevens, waaronder begrepen de relevante documenten, op basis waarvan de staatssecretaris in samenwerking met die vreemdeling kan beoordelen of een rechtsgrond voor verlening van de vergunning aanwezig is.

Ingevolge artikel 3.45 van het Voorschrift Vreemdelingen 2000 (hierna: het VV 2000) bestaan de gegevens, bedoeld in artikel 3.111, eerste lid, van het Vb 2000, uit de verklaringen van een vreemdeling en alle in zijn bezit zijnde documentatie over zijn achtergrond en die van relevante familieleden, zijn leeftijd, identiteit, nationaliteit (en), land(en) en plaats(en) van eerder verblijf, eerdere asielaanvragen, reisroutes, identiteits- en reisdocumenten en de redenen waarom hij een aanvraag voor een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd indient.

2.2. Bladzijden 15 en 18 van voormelde totstandkomingsgeschiedenis vermelden:

“Onder het thans bestaande artikel 83 geldt, aldus de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, dat de vreemdeling het alsnog aangevoerde niet eerder had kunnen en derhalve had behoren aan te voeren. Dit is niet langer van doorslaggevend belang.

De rechtbank dient dus ook rekening te houden met feiten en omstandigheden die de

vreemdeling wellicht eerder had kunnen aanvoeren. Waar het om gaat is of de feiten en omstandigheden na het bestreden besluit zijn aangevoerd dan wel het gewijzigde beleid na het bestreden besluit is bekendgemaakt. Aldus wordt tegemoet gekomen aan bijvoorbeeld vreemdelingen die tijdens de bestuurlijke fase nog niet in staat waren om gewag te maken van traumatiserende gebeurtenissen dan wel er nog niet in geslaagd waren om stukken ter onderbouwing van hun asielrelaas uit het land van herkomst te laten overkomen. [...]

Op grond van het nieuw voorgestelde artikel 83 wordt met de nieuwe feiten en omstandigheden en bewijsmiddelen ook rekening gehouden indien de vreemdeling zou kunnen worden verweten deze niet eerder te hebben ingebracht. Dit laat artikel 24 Vw 2000 en het nieuw voorgestelde artikel 3.111 Vb 2000 [...] onverlet. Uitgangspunt blijft dat de vreemdeling bij de aanvraag alle relevante gegevens verstrekt die nodig zijn voor de beoordeling ervan. Wanneer dat echter niet is gebeurd en de gegevens later alsnog worden overgelegd, rijst de vraag hoe met die gegevens moet worden omgegaan. Zoals hierboven vermeld is het dan wenselijker deze gegevens in de eerste, lopende procedure mee te wegen, dan dat een tweede of opvolgende aanvraag wordt gedaan."

2.3. Hieruit blijkt dat de wetgever met de aanpassing van artikel 83 van de Vw 2000 heeft beoogd mogelijk te maken dat een rechtbank rekening houdt met alle feiten en omstandigheden die relevant kunnen zijn voor de beoordeling van de afwijzing van een asielaanvraag, ongeacht of een vreemdeling deze in de bestuurlijke fase of in beroep aanvoert. Dit artikel vormt derhalve een nuancering van artikel 31, eerste lid, van de Vw 2000, artikel 3.111, eerste lid, van het Vb 2000 en artikel 3.45 van het VV 2000, die een vreemdeling ertoe verplichten vorenbedoelde feiten en omstandigheden in de bestuurlijke fase aan te voeren. Nu de door de vreemdeling in beroep overgelegde documenten relevant kunnen zijn in vorenbedoelde zin, heeft de staatssecretaris deze, hoewel zij dateren van vóór het besluit, bij het in te nemen standpunt in de zin van artikel 83, vijfde lid, van de Vw 2000, moeten betrekken. De rechtbank heeft dit dan ook terecht overwogen.

Het primaire onderdeel van de grieven faalt.

2.4. In het besluit van 12 juli 2011 en het daarin ingelaste voornemen heeft de staatssecretaris de vreemdeling krachtens artikel 31, tweede lid, aanhef en onder f, van de Vw 2000, wegens het ontbreken van de — eerst in beroep door de vreemdeling overgelegde — originele militaire

vrijstelling, originele identiteitskaart en het paspoort, tegengeworpen dat documenten over zijn identiteit en nationaliteit ontbreken. Voorts heeft hij zich op het standpunt gesteld dat het asielrelaas van de vreemdeling positieve overtuigingskracht mist en derhalve ongeloofwaardig is, omdat de vreemdeling niet aannemelijk heeft gemaakt dat hij wegens zijn deelname aan demonstraties tegen het regime in Iran in totaal drie keer is gearresteerd, vastgehouden en mishandeld en dat hij, toen zijn vriend werd gearresteerd en bij hem een huiszoeking was gedaan, heeft besloten het land te verlaten. De staatssecretaris heeft in aanmerking genomen dat de vreemdeling tegenstrijdig heeft verklaard over zijn uitreis naar Turkije in december 2010 en de geldigheid van zijn paspoort. Voorts heeft de staatssecretaris bevreemdingwekkend geacht dat de vreemdeling in januari 2011 vrijwillig is teruggekeerd naar Iran en de gebeurtenissen waarover hij heeft verklaard op geen enkele wijze heeft gestaafd. De overgelegde uitdraai van het boek 'Mensenrechten' maakt dit volgens de staatssecretaris niet anders, nu de vreemdeling deze van het internet heeft gehaald en hieruit op geen enkele manier blijkt dat hij wegens het verspreiden van deze publicatie in Iran problemen heeft ondervonden. Daarnaast heeft de vreemdeling zijn verklaringen over de arrestatie van zijn vriend en de inval in zijn huis gebaseerd op informatie van derden en heeft hij, toen de Koninklijke Marechaussee hem hiernaar vroeg, hierover met geen woord gerept, hetgeen volgens de staatssecretaris ernstig afbreuk doet aan zijn latere verklaringen in het nader gehoor. Dat de vreemdeling niet gelijk bescherming heeft ingeroepen toen hij daartoe in de gelegenheid was, versterkt verder de ongeloofwaardigheid van het relaas, aldus de staatssecretaris.

In de schriftelijke reactie van 7 november 2011 heeft de staatssecretaris zijn standpunt toegelicht en opgemerkt dat de militaire vrijstelling, de identiteitskaart en het paspoort, die de vreemdeling in beroep in origineel heeft overgelegd, geen redenen vormen om het asielrelaas alsnog geloofwaardig te achten, nu hij niet twijfelt aan de identiteit en nationaliteit van de vreemdeling. Dat de vreemdeling alsnog zijn paspoort heeft overgelegd, neemt volgens de staatssecretaris niet weg dat hij ten tijde van de gehoren tegenstrijdig over de geldigheid ervan heeft verklaard. Voorts ondersteunt de militaire vrijstelling het asielrelaas niet. De staatssecretaris heeft het standpunt zoals vervat in het besluit van 12 juli 2011 dan ook gehandhaafd.

2.5. De rechtbank heeft niet onderkend dat de staatssecretaris met voormelde reactie van 7 november 2011 een inhoudelijk standpunt in de zin van artikel 83, vijfde lid, van de Vw 2000 heeft

ingenomen en aldus de alsnog overgelegde documenten heeft betrokken bij de beoordeling van het asielrelaas. In het verlengde hiervan heeft de rechtbank niet onderkend dat, hoewel de staatssecretaris, gelet op het in het besluit van 12 juli 2011 ingenomen standpunt, de vreemdeling niet langer artikel 31, tweede lid, aanhef en onder f, van de Vw 2000 mag tegenwerpen en derhalve niet mag eisen dat van het asielrelaas positieve overtuigingskracht uitgaat, de staatssecretaris zich, gelet op de motivering in het besluit van 12 juli 2011 en de reactie van 7 november 2011, weergegeven in 2.4, in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het asielrelaas van de vreemdeling ongeloofwaardig is. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat de staatssecretaris zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de vreemdeling de in het besluit tegengeworpen tegenstrijdige, bevreemdingwekkende en niet gestaafde verklaringen over de uitreis naar Turkije, de geldigheid van het paspoort, de vrijwillige terugkeer naar Iran, het verspreiden van het boek 'Mensenrechten', de arrestatie van zijn vriend, de inval in zijn huis en het inroepen van bescherming, door het overleggen van de originele documenten niet heeft weggenomen.

Het subsidiaire onderdeel van de grieven slaagt.

3. Het hoger beroep is kennelijk gegrond. De aangevallen uitspraak moet worden vernietigd. Doende hetgeen de rechtbank zou behoren te doen, zal het door de vreemdeling tegen het besluit van 12 juli 2011 ingestelde beroep alsnog ongegrond worden verklaard.

4. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State;

recht doende:

- I. verklaart het hoger beroep gegrond;
- II. vernietigt de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats Maastricht, van 21 december 2011 in zaak nr. 11/25366;
- III. verklaart het in die zaak ingestelde beroep ongegrond.

Noot

1. De Afdeling wijkt in deze uitspraak op twee punten af van haar jurisprudentielijn over de toelating van nieuwe gegevens in een asielberoep. Ten eerste oordeelt zij in r.o. 2.3. dat uit de toelichting op artikel 83 Vreemdelingenwet 2000 (hierna: Vw 2000) volgt dat op (bewijsmiddelen

van) feiten en omstandigheden die pas in beroep worden aangevoerd geen 'verwijtbaarheidstoets' meer mag worden toegepast. Dit betekent dat de rechter in beroep ook rekening moet houden met gegevens die mogelijk eerder (tijdens de besluitvormingsfase) hadden kunnen worden aangevoerd. Ten tweede lijkt de Afdeling in r.o. 2.5. te oordelen dat de toelating van nieuwe gegevens in beroep daarnaast moet leiden tot een volledige heroverweging van het bestreden besluit, inclusief het oordeel over de positieve overtuigingskracht van het asielrelaas. Op grond van deze zogenoemde POK-toets mogen de verklaringen van de vreemdelingen over het asielrelaas op het niveau van de relevante bijzonderheden geen hiaten en tegenstrijdigheden bevatten. In deze noot bespreek ik deze twee jurisprudentiewijzigingen en plaats ik ze in het licht van het algemeen bestuursrecht, het EU recht en het internationaal recht. Voordat ik daartoe overga, geef ik (onder 2) kort de feiten van deze zaak weer en schets ik (onder 3) de situatie die heeft geleid tot de wijziging van artikel 83 Vw 2000 en waarbinnen deze zaak zich afspeelt.

2. De Iraanse vreemdeling uit deze zaak heeft in de bestuurlijke fase van zijn asielaanvraag geen identiteits- en nationaliteitsdocumenten overgelegd, waardoor zijn asielrelaas, op grond van artikel 31, tweede lid, aanhef en onder f, van de Vw 2000, aan een verzwaarde geloofwaardigheidstoets wordt onderworpen: het relaas moet beschikken over positieve overtuigingskracht. In beroep overlegt de vreemdeling alsnog de ontbrekende documenten en de rechtbank verklaart het beroep gegrond wegens een ondeugdelijke motivering van het besluit nu de staatssecretaris de door de vreemdeling overgelegde originele identiteits- en nationaliteitsdocumenten ten onrechte niet bij de beoordeling van de aanvraag heeft betrokken en ten onrechte heeft beoordeeld of van het asielrelaas positieve overtuigingskracht uitgaat. Het door de staatssecretaris hier tegen ingestelde hoger beroep wordt door de Afdeling kennelijk gegrond verklaard, maar desondanks slagen niet alle grieven.

3. De vraag of de nieuwe gegevens in de beoordeling van het beroep hadden moeten worden meegenomen en hadden moeten leiden tot een herbeoordeling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas wordt door de Afdeling beantwoord aan de hand van artikel 83 Vw 2000. Ter voorkoming van herhaalde aanvragen staat dit artikel, behoudens de goede procesorde (zie meer: AB jurisprudentie-serie beginnend bij AB 2013/235) of een ontoelaatbare vertraging van de zaak, in beroep en het devolutieve traject van het hoger beroep een uitzondering toe op het ex tunc toetsingsmoment dat in beginsel in asielzaken

geldt. Deze *ex nunc*-toets omvatte volgens de Afdeling slechts (bewijsmiddelen van) feiten en omstandigheden die niet eerder 'konden en dus behoorden' te worden aangevoerd (ABRvS, 3 augustus 2001, 200103069/1, JV 2001/258). Het aantal herhaalde aanvragen verminderde door de uitleg van de Afdeling niet en evenmin werd hiermee voldaan aan de eis van een 'full and *ex nunc* assessment' die voor asielzaken uit de artikel 3 EVRM jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) zou voortvloeien. De wetgever zag zich daarom genoodzaakt om artikel 83 Vw 2000 per 1 juli 2010 te wijzigen (*Stb.* 2010, 202 en *Stb.* 2010, 244) en in de toelichting daarop te expliciteren dat de rechter in beroep rekening moet houden met alle door de vreemdeling of de minister na de beschikking aangevoerde relevante nieuwe feiten en omstandigheden (inclusief de bewijsmiddelen daarvan) en al het na de besluitvorming bekengemaakte en relevante gewijzigde beleid. Tegen de bedoeling van de wetgever in bleef de Afdeling artikel 83 Vw 2000 na 1 juli 2010 beperkt interpreteren onder verwijzing naar haar jurisprudentie van voor 1 juli 2010 (zie voor een uitvoerige analyse van deze Afdelingsjurisprudentie: H.E. Helmink, 'De omvang van de *ex nunc* toets in de Nederlandse asielprocedure', *A&MR* 2012, nr. 5&6, p. 291–303). Drie jaar na de wetwijziging lijkt de Afdeling het roer om te gooien voor de toelating van (bewijsmiddelen van) 'oude' feiten en omstandigheden in de lopende procedure. Hoeveer deze koerswijziging werkelijk reikt, bespreek ik in het navolgende.

4. De eerste jurisprudentiewijziging betreft het loslaten van de verwijtbaarheidstoets op (bewijsmiddelen van) feiten en omstandigheden die dateren van voor de besluitvormingsfase maar pas in beroep worden aangevoerd. De Afdeling oordeelt dat een rechtbank op grond van artikel 83 Vw 2000 rekening dient te houden met alle feiten en omstandigheden die relevant kunnen zijn voor de beoordeling van de afwijzing van een asielaanvraag, ongeacht of een vreemdeling deze in de bestuurlijke fase of in beroep aanvoert. Voor dit standpunt verwijst zij naar de Memorie van Toelichting op artikel 83 Vw 2000 (*Kamerstukken II* 2008/09, 31 994, nr. 3). Artikel 83 Vw 2000 vormt, anders dan de staatssecretaris stelt, volgens de Afdeling juist wel een nuancering van artikel 31, eerste lid, van de Vw 2000, artikel 3.111, eerste lid, van het Vb 2000 en artikel 3.45 van het VV 2000, welke, volgens de Afdeling, een vreemdeling ertoe verplichten vorenbedoelde feiten en omstandigheden in de bestuurlijke fase aan te voeren. De vraag of de identiteits- en nationaliteitsdocumenten in deze zaak mogelijk eerder hadden kunnen worden aangevoerd, is dus niet meer

relevant. In een eerdere uitspraak (ABRvS 27 december 2011, JV 2012/95, m.nt. Spijkerboer) had de Afdeling de toelating van deze gegevens in beroep impliciet al toegestaan, maar in de hier geannoteerde uitspraak motiveert zij dit nu expliciet met een verwijzing naar (de toelichting op) artikel 83 Vw 2000.

5. Met dit oordeel bevestigt de Afdeling – terecht – dat aan artikel 31, eerste lid, van de Vw 2000, artikel 3.111, eerste lid, van het Vb 2000 en artikel 3.45 van het VV 2000 geen bewijsmoment meer kan worden ontleend. Dit betekent dat uit laatstgenoemde artikelen slechts nog een bewijslastverdeling volgt (zie: H.E. Helmink, 'De omvang van de *ex nunc* toets in de Nederlandse asielprocedure', *A&MR* 2012, nr. 5&6, p. 298).

6. Toch is de koerswijziging van Afdeling beperkter dan de bewoordingen in deze uitspraak doen vermoeden. Slechts voor (bewijsmiddelen van) 'oude' feiten en omstandigheden, die *zien op reeds in de besluitvormingsfase aangevoerde asielmotieven*, wordt de verwijtbaarheidstoets losgelaten. De Afdeling blijft, in een andere uitspraak van dezelfde datum (ABRvS 21 juni 2013, 201202422/1/V1, r.o. 3.2-3.4), namelijk van mening dat een nieuw asielmotief dat pas voor het eerst in beroep wordt aangevoerd – in dat geval een bekering tot het Christendom welke reeds tijdens de besluitvormingsfase had plaatsgevonden – niet onder artikel 83 Vw 2000 valt, omdat dit ook niet onder de artikelen 8:1 en 8:69 Awb valt. Op grond van laatstgenoemde artikelen beperkt de toetsing in beroep zich, volgens de Afdeling, tot de reikwijdte en strekking van het bestreden asielbesluit, welke zou worden gevormd door de in de bestuurlijke fase aangevoerde asielmotieven. Het maakt daarbij niet uit of deze nieuwe asielmotieven vóór (ABRvS 21 juni 2013, 201202422/1/V1, r.o. 3.2-3.4) of na (ABRvS 19 juli 2013, 201210597/1/V1, r.o. 7.1) de besluitvormingsfase zijn ontstaan. De wetgever zou in (de toelichting op) artikel 83 Vw 2000 geen afstand hebben genomen van deze, ook al voor 1 juli 2010 bestaande, Afdelingsjurisprudentie, aldus de Afdeling.

7. Op grond van het navolgende ben ik van mening dat de Afdeling uitgaat van een te beperkt begrip van de omvang van het geding. Allereerst druist zij met haar, in de vorige alinea weergegeven, interpretatie in tegen de bedoeling van de wetgever, die met een *ex nunc*-toets in een *lex specialis* (artikel 83 Vw 2000) herhaalde aanvragen wilde voorkomen en wilde voldoen aan het vereiste van een 'full and *ex nunc* assessment'. Dat de wetgever in de toelichting geen expliciete uitzondering heeft gemaakt op artikel 8:69 Awb, doet aan dat doel niets af. Sterker nog, naar mijn mening staat artikel 8:69 Awb jo artikel 6:13

Awb de toelating van nieuwe asielmotieven in beroep juist toe. Op grond van (de toelichting op) artikel 6:13 Awb, zijn, sinds 1 juli 2005, immers geen gronden- en bewijstrechters meer toegestaan indien het daaraan ten grondslag liggende besluitonderdeel tijdig is bestreden. Aangezien het asielbesluit ondeelbaar is (ABRvS, 11 december 2003, NAV 2004/66; ABRvS, 29 september 2004, JV 2004/452, m.nt. Willemsen; ABRvS, 9 mei 2011, 201001143/1/V2, JV 2011/283, AB 2001/319, m.nt. De Waard), kan worden betoogd dat het in beroep aanvechten van het asielbesluit voldoende is om zowel in beroep als in hoger beroep nog gronden en bewijs aan te kunnen voeren die gericht zijn tegen de afwijzing van de asielaanvraag. Dit betreffen niet alleen na de besluitvorming ontstane asielmotieven, welke per definitie niet eerder konden worden aangevoerd, maar ook reeds voor de besluitvorming ontstane, maar nog niet eerder aangevoerde asielmotieven. De wetgever heeft immers ook voor artikel 6:13 Awb de verwijtbaarheidseis laten varen. Voorts sluit het meenemen van nova in de lopende procedure aan bij artikel 8:41a Awb, op grond waarvan de rechter het geschil zoveel mogelijk definitief moet beslechten. Een (bewijsmiddel van een) nieuw asielmotief kan op zichzelf, of in samenhang met de eerder in de besluitvormingsfase aangevoerde asielmotieven van betekenis zijn voor datgene wat in beroep ter beoordeling voorligt: het besluit tot afwijzing van de asielaanvraag. Deze gegevens kunnen er toe leiden dat de staatssecretaris op grond van artikel 83 lid 5 Vw 2000 het besluit intrekt en – al dan niet na nader onderzoek – een nieuw besluit neemt. Dat nieuwe besluit staat vervolgens ter beoordeling van de rechter. Zelfs indien de staatssecretaris in de nieuwe gegevens geen aanleiding ziet tot intrekking of wijziging van het bestreden besluit, moet de rechtbank nog ‘rekening houden met’ de nieuwe gegevens. De rechtbank kan in dat geval op grond van artikel 8:72 Awb het besluit vernietigen en de staatssecretaris opdracht geven om een nieuw besluit te nemen, maar het heeft ook de bevoegdheid om deze gegevens mee te nemen wanneer het na de vernietiging van het besluit zelf in de zaak voorziet.

8. Niet alleen uit het nationale bestuursrecht, maar ook uit het Unierecht en het internationaal recht kunnen argumenten worden ontleend voor een *ex nunc*-toets in beroep. Zo is dit voor het Unierecht onomwonden geformuleerd in het recent herziene artikel 46 lid 3 Procedure-richtlijn 2013/32/EU (hierna: PR). Dit artikel schrijft voor dat een effectief rechtsmiddel voor een rechterlijke instantie een volledig en *ex nunc*-onderzoek van alle feitelijke en juridische gronden omvat. De implementatietermijn voor deze

richtlijn bedraagt twee jaar en zolang Nederland dit artikel niet binnen die periode heeft geïmplementeerd, blijft het huidige artikel 39 PR van toepassing. Dat artikel schrijft weliswaar geen expliciete *ex nunc*-toets voor, maar uit het arrest Samba Diouf (HvJ EU, 28 juli 2011, C-69/10, par. 35, 48-49, JV 2011/373, AB 2011/304, m.nt. Widdershoven) volgt wel dat het recht op een effectief rechtsmiddel moet worden uitgelegd in overeenstemming met het recht op effectieve rechtsbescherming, hetgeen een algemeen EU beginsel vormt en is bevestigd in artikel 47 Handvest van de grondrechten EU (hierna: Handvest). Voor de uitleg van dit laatstgenoemde recht is zowel artikel 13 EVRM als artikel 6 EVRM van belang (HvJ EU, 18 maart 2010, C-317-320/08 (*Allasini*), par. 61, AB 2010/157, m.nt. Widdershoven). Voor het algemeen bestuursrecht is wel de vraag gesteld of het in artikel 6 EVRM neergelegde vereiste van ‘full jurisdiction’ op grond waarvan de rechter ‘all questions of fact and law relevant to the dispute before it’ moet onderzoeken, toestaat dat nieuwe gegevens buiten de lopende procedure worden gehouden (zie: VAR, *Commissie Rechtsbescherming*, 2004, p. 61; R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden. De betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48 (oud) Rv*, Kluwer, 2007, p. 284). In vreemdelingenzaken oordeelt het EHRM tot nu toe echter dat artikel 6 EVRM niet van toepassing is (EHRM, 12 februari 2013, 58149/08 (*Amie e.o. v. Bulgarije*), par. 108; EHRM, 5 oktober 2000 (*Maaoui v. Frankrijk*), par. 40, JV 2000/264, m.nt. Boeles, RV 2004, nr. 51, m.nt. Spijkerboer, AB 2001/80, m.nt. Battjes). In *Singh e.a. v. België* oordeelde het wel dat een zorgvuldig en nauwgezet onderzoek naar de zwaarwegendheid van een klacht onder artikel 3 EVRM op grond van artikel 13 EVRM niet kan plaatsvinden op het fictieve moment van besluitvorming (EHRM, 2 oktober 2012, 33210/11, par. 91, JV 2012/478, m.nt. Boeles).

9. Indien nieuwe asielmotieven niet in de lopende procedure worden beoordeeld, bestaat er een risico op strijd met het verbod van refolement (ex artikel 3 EVRM, artikel 19 Handvest) en het recht op een effectief rechtsmiddel en effectieve rechtsbescherming (ex artikel 47 Handvest, artikel 39 PR en artikel 13 EVRM). Verklaringen over bijvoorbeeld voor de besluitvorming reeds aanwezige (vermeende) homoseksualiteit, vallen, blijkens het voorgaande, immers niet onder artikel 83 Vw 2000 en kunnen evenmin in een herhaalde aanvraag worden beoordeeld, aangezien deze gegevens volgens de Afdeling ‘eerder konden en dus behoorden’ te worden aangevoerd (ABRvS 13 januari 2012, 201000243/1/V3, r.o. 2.3.2, JV 2012/118, m.nt. Spijkerboer; zie anders: EHRM 28 maart 2013 (*I.K. v. Oostenrijk*) 2964/12,

JV 2013/214, m.nt. Battjes, in deze zaak merkte het EHRM een, na de eerste procedure, in een rechterlijke uitspraak, herziene geloofwaardigheidsbeoordeling, aan als novum; EHRM 6 juni 2013, *Mohammed v. Oostenrijk*, 2283/12).

10. De tweede jurisprudentiewijziging in de hier geannoteerde uitspraak betreft de nuancering van de POK-toets. In een tussenzin oordeelt de Afdeling (r.o. 2.5) dat, nu de vreemdeling in beroep alsnog de ontbrekende identiteits- en nationaliteitsdocumenten heeft overgelegd, 'de staatssecretaris de vreemdeling niet langer artikel 31, tweede lid, aanhef en onder f, van de Vw 2000 mag tegenwerpen en derhalve niet mag eisen dat van het asielrelaas positieve overtuigingskracht uitgaat'.

11. Dit betekent dat een vreemdeling die in bestuurlijke fase toerekenbaar ongedocumenteerd was in de zin van artikel 31 lid 2 sub f Vw 2000, dit gebrek in beroep kan herstellen. De reden voor de late overlegging doet er niet meer toe. Met dit standpunt wijkt de Afdeling af van haar eerdere oordeel van 27 december 2011 (JV 2012/95, m.nt. Spijkerboer). In die zaak had de vreemdeling in beroep – verwijtbaar te laat – kopieën van delen van zijn paspoort overgelegd. Deze documenten werden in beroep weliswaar formeel toegelaten, maar vervolgens werd er materieel alsnog een trechter op toegepast. Immers, doordat de vreemdeling deze documenten eerder 'had kunnen en dus behoren' te overleggen, oordeelde de Afdeling (r.o. 2.2.) dat de staatssecretaris de vreemdeling toerekenbaar ongedocumenteerd mocht achten. Hierdoor moest – ondanks de aanwezigheid van de identiteitsdocumenten in beroep – van het asielrelaas nog steeds een positieve overtuigingskracht uitgaan. Nu de verklaringen op het niveau van de relevante bijzonderheden hiaten en tegenstrijdigheden bevatte, werd het relaas ongeloofwaardig geacht en werden de feiten van die zaak materieel niet meer beoordeeld. Het is winst dat de Afdeling de vreemdeling nu wel een herkansing in beroep toestaat. De Afdeling lijkt met dit oordeel aan te sluiten bij het beschermingsniveau van een 'volledig en *ex nunc*'-onderzoek dat volgt uit het herziene artikel 46 PR. Het EHRM daarentegen is in haar artikel 3 EVRM jurisprudentie inconsequent over de gevolgen van een late overlegging van nieuwe gegevens in beroep voor de beoordeling van de geloofwaardigheid. Aan de ene kant oordeelt het dat 'time-limits should not be so short, or applied so inflexibly, as to deny an applicant for recognition of refugee status a realistic opportunity to prove his or her claim' (EHRM, 19 February 1998, (*Bahaddar v. Nederland*) 25894/94, par. 45, JV 1998/45), terwijl het aan de andere kant oordeelt dat een verklaring

over (vermeende) homoseksualiteit terecht ongeloofwaardig is geacht, omdat deze zonder redelijke verklaring, pas laat in de procedure is aangevoerd (EHRM, 27 juni 2013, 72413/10 (*M.K.N. v. Zweden*); zie ook: EHRM, 28 juni 2012, 14499/00 (*A.A. v. Zweden*), par. 73).

12. De zwaar bekritiseerde POK toets (zie: *Beyond Proof, Credibility Assessment in EU Asylum Systems*, UNHCR mei 2013, p. 227 en p. 238-239) blijft voor de besluitvormingsfase weliswaar nog gelden, maar nu het gebrek alsnog in beroep kan worden hersteld, lijkt het einde van deze toets ook voor de besluitvormingsfase nabij. De op 25 maart 2013 door de Afdeling aan het HvJ EU voorgelegde prejudiciële vragen (C-148/13 (A.), C-149/13 (B.) en C-150/13 (C)) zijn hiervoor mogelijk indicatief. De Afdeling vraagt het HvJ EU onder meer naar de grenzen die artikel 4 Definitierichtlijn 2011/95/EU (herschikking) en het Handvest stellen aan de geloofwaardigheidsbeoordeling van een gestelde seksuele gerichtheid. Op grond van het vijfde lid van artikel 4 DR mag een vreemdeling ongeloofwaardig worden geacht als hij geen bevredigende verklaring heeft gegeven voor het ontbreken van relevante elementen.

13. Toch rijst opnieuw de vraag hoever de koerswijziging van de Afdeling werkelijk reikt. De staatssecretaris mag zich van de Afdeling, in de hier geannoteerde uitspraak, namelijk in redelijkheid op het standpunt stellen dat de tegenstrijdige verklaringen over de geldigheid van het paspoort – ondanks de overlegging van dit originele document in beroep en ondanks het feit dat de staatssecretaris niet aan de identiteit en nationaliteit van de vreemdeling twijfelt – niet worden weggenomen. In samenhang met andere argumenten mag het asielrelaas daarom nog steeds ongeloofwaardig worden bevonden. Met dit oordeel kent de Afdeling dus een zwaarder gewicht toe aan de verklaringen over het paspoort dan aan het originele document zelf. Hierdoor wordt de geloofwaardigheidstoets – welke oorspronkelijk is ontwikkeld als tegemoetkoming aan vreemdelingen die, bij gebreke van documenten, slechts kunnen verklaren – onterecht ten nadele van de vreemdeling toegepast.

14. Uiteindelijk schiet de vreemdeling in deze zaak dus niets op met de hier besproken wijzigingen in de Afdelingsjurisprudentie. De Afdeling heeft immers opnieuw een weg gevonden om vast te kunnen blijven houden aan haar – mijns inziens onjuiste – morele aanname dat het (onberispelijke) gedrag van een asielzoeker iets zegt over de geloofwaardigheid van zijn bewijs en verklaringen. Slechts iemand die op tijd zijn bewijs overlegt en verklaringen aflegt, is kennelijk een 'echte' geloofwaardige asielzoeker.

H.E. Helmink